

Princípio da oficiosidade e preclusão

Celeste Leite dos Santos Pereira Gomes^(*)

Advogada – SP

SUMÁRIO: I Do princípio. 1 Princípio da oficiosidade ou do impulso oficial. 1.1 Noções preliminares. 1.2 Preclusão. 1.3 Princípio da oficiosidade e preclusão. II Preclusão. 2 Espécies. 2.1 Preclusão temporal. 2.2 Preclusão lógica. 2.3 Preclusão consumativa. 2.4 Preclusão *pro judicato*. 2.4.1 Preclusão *pro judicato* e deveres processuais. III Procedimento. 3.1 Procedimento e preclusão. 3.2 Procedimento e impulso oficial. Bibliografia.

I – Do princípio

Do latim *principium*, significa origem, começo. Refere-se a proposições diretoras de uma ciência, às quais todo o desenvolvimento posterior desta ciência deve estar subordinado.⁽¹⁾ De Plácido e Silva explicita que os princípios revelam o conjunto de regras ou preceitos, que se fixaram para servir de norma a toda espécie de ação jurídica, traçando, assim, a conduta a ser tirada em qualquer operação jurídica.⁽²⁾ Assim, princípios são “verdades fundantes” de um sistema de conhecimento, como tais admitidas, por serem evidentes ou por terem sido comprovadas, mas também por motivos de ordem prática de caráter operacional, isto é, como pressupostos exigidos pelas necessidades da pesquisa e da *praxis*.⁽³⁾

Esclarece Eros Roberto Grau: “Os princípios permitem avaliações flexíveis, não necessariamente excludentes, enquanto as regras, embora admitindo exceções, quando contraditadas provocam a exclusão do dispositivo colidente”.⁽⁴⁾

Existem duas categorias de princípios aplicáveis às regras de direito processual. A primeira contém os chamados princípios informativos, enquanto a outra envolve os princípios fundamentais, também chamados de princípios gerais de processo civil.⁽⁵⁾

(*) Mestranda pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, colaboradora do IBCCrim.

(1) AURÉLIO BUARQUE DE HOLANDA, “Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa”, 2ª ed, pág. 1393.

(2) “Vocabulário jurídico”, vol. III, pág. 447.

(3) MIGUEL REALE, “Lições preliminares de direito”, pág. 305.

(4) *Apud* ALBERTO DO AMARAL JÚNIOR, “A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo”, in “Revista do Consumidor” 6/27.

(5) LUIZ RODRIGUES WAMBIER, “Curso avançado de processo civil”, vol. 1, pág. 62. São também denominados princípios formativos do processo.

Os princípios informativos do processo civil caracterizam-se pela sua natureza geral e abstrata, sendo: princípio lógico, jurídico, político e econômico.⁽⁶⁾

De outra parte, dentro dos princípios fundamentais do processo civil, destacam-se: imparcialidade do juiz, contraditório, ampla defesa, igualdade, da ação, disponibilidade, dispositivo, impulso oficial, persuasão racional do juiz, motivação das decisões judiciais, oralidade, publicidade, lealdade processual, economia, instrumentalidade das formas e do duplo grau de jurisdição.

Humberto Theodoro Júnior explicita que os princípios fundamentais de processo civil são de duas ordens: os relativos ao processo e os relativos ao procedimento. Dentro dessa perspectiva, temos que os relativos ao processo são: devido processo legal, inquisitivo, dispositivo, contraditório, duplo grau de jurisdição, boa-fé, lealdade processual e o da verdade real. Nessa linha, os princípios relativos ao procedimento são: oralidade, publicidade, economia processual, eventualidade ou preclusão.⁽⁷⁾ *Mutatis mutandis*, Carlos Alberto Carmona aponta a necessidade de uma releitura dos princípios do processo à luz do procedimento e destaca que a legitimação dos referidos princípios ocorre através do procedimento. Ou seja, todos os princípios do processo devem ser vistos de forma a fundamentar o procedimento legal, ou, em outras palavras, para que se possa estabelecer qual é o mínimo do procedimento.⁽⁸⁾

De tudo quanto se disse, depreende-se que o procedimento é um instrumento de garantia da participação efetiva no processo.⁽⁹⁾

(6) Antônio Alberto Alves Barbosa, definiu-os: “a) princípio lógico, que consiste na escolha dos atos e das formas mais aptas para procurar e descobrir a verdade e evitar o erro, conciliando a segurança da decisão com a simplicidade; b) princípio jurídico, que consiste em garantir aos litigantes igualdade na demanda e justiça na decisão, isto é, tornar comuns ao direito de ação e ao de defesa as mesmas faculdades e os mesmos encargos, tornar os processos completamente públicos e efetiva a responsabilidade dos maus juizes; c) princípio político, que consiste em dar aos direitos individuais a máxima garantia social, com o mínimo sacrifício da liberdade individual, isto é, em caso algum sacrificando, sem necessidade, o maior dos direitos do homem – a liberdade; evitando, afinal, quanto possível, os casos de detenções pessoais, arrestos, cauções, procedimentos “*ex officio*”; d) princípio econômico, que consiste em prover para que as demandas não sejam dispendiosas, estabelecendo-se atos e termos estritamente necessários para não haver desperdício inútil de tempo, de esforços e de dinheiro; abolindo-se as taxas judiciárias e moderando-se emolumentos e custas; e, finalmente, concedendo-se aos pobres o benefício da justiça gratuita”. “Da preclusão processual civil”, págs. 58/59.

(7) “Curso de Direito Processual Civil”, 22ª ed., vol. 1, pág. 26.

(8) Aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 1999, apontamentos.

(9) ANTONIO CARLOS MARCATO, aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em abril de 1999, apontamentos.

1. Princípio da oficiosidade ou do impulso oficial

1.1 Noções preliminares

O impulso processual é o fenômeno em virtude do qual se assegura a continuidade dos atos processuais e seu encaminhamento em direção à decisão definitiva.⁽¹⁰⁾

O impulso processual, no sentido de movimentação do processo, com vistas à obtenção de uma decisão, resulta da conjugação de dois princípios: iniciativa das partes ou da demanda (art 2º do CPC) e impulso oficial (art. 262 do CPC), com predomínio do segundo.⁽¹¹⁾

O princípio da iniciativa da parte ou da ação significa que a atividade jurisdicional não pode ser iniciada, senão através da parte interessada (*nemo iudex sine actores – ne procedat iudex ex officio*) Vigorou no Brasil até o advento do CPC de 1939 e, condicionava a atividade do juiz aos atos específicos que as partes lhe solicitavam (o processo era assunto das partes)

José de Moura Rocha salienta que incumbe às partes, “além do impulso inicial do procedimento, provocar os atos do processo e buscar uma decisão jurisdicional baseada nos chamados atos de pretensão que são, entre outros, as afirmações, as petições, a produção de provas”.⁽¹²⁾

Elio Fazzalari esclarece: “*Di contro, del' iter processuale, così politicamente disciplinato, è agevole e doveroso fare che la situazione legittimata dell'attore non si esaurisce nella solitaria facoltà del soggetti di mettere in moto il processo, ma consiste appunto – a riguardala dall'angolo delle posizioni soggettive – in una serie di facoltà, poteri e doveri, quanti la legge ne assegna al soggetto per la sua condotta, lungo tutto l'arco del processo, fino alla sentenza che accoglie o respinge la domanda, e senza la spendita dei quali e senza lo svolgimento del processo – non si perviene al domanda*”.⁽¹³⁾

Ou seja, o princípio dispositivo compreendido a partir de um contexto de movimento processual envolve um complexo de faculdades, poderes e deveres que se consubstanciam em uma pluralidade de atos processuais que visam à obtenção de uma sentença de mérito

O princípio da oficiosidade é o princípio pelo qual compete ao juiz, uma vez instaurada a relação processual, mover o procedimento de fase em

(10) EDUARDO COUTURE, “Fundamentos do Direito Processual Civil”, pág. 109.

(11) Não há que se falar na adoção de um critério misto pela legislação processual pátria, dado o evidente predomínio do impulso oficial sobre o princípio da iniciativa das partes

(12) “Da Preclusão e da Atividade Processual das Partes”, pág. 6

(13) “*Istituzione di diritto processuale*”, pág. 433

fase, até exaurir a função jurisdicional.⁽¹⁴⁾ O princípio do impulso oficial garante a continuidade dos atos procedimentais e seu avanço em direção à decisão definitiva. Embora a jurisdição seja inerte, o processo uma vez instaurado pode não ficar à mercê das partes. É conveniente que assim seja, em virtude do predomínio do interesse público sobre o particular, a exigir que a relação processual, uma vez iniciada, se desenvolva e conclua no mais breve tempo possível, exaurindo-se, dessa maneira, o dever estatal de prestar o serviço jurisdicional.⁽¹⁵⁾

Todavia, a movimentação processual não se limita ao impulso advindo dos sujeitos processuais, mas também à estruturação procedimental conferida pela lei.⁽¹⁶⁾

Vê-se, pois, que o impulso processual *ex officio* é obtido mediante a estruturação do procedimento, os ônus processuais, os deveres e obrigações dos órgãos estatais, os prazos e a preclusão.⁽¹⁷⁾

Logo, o caminhar progressivo do processo caracteriza-se por: a) objetivamente – limites à atividade das partes decorrentes da forma e prazos dos atos processuais e do procedimento; b) subjetivamente – ônus e obrigações que se impõem aos sujeitos parciais da relação processual e deveres que se impõem ao sujeito imparcial da relação processual; c) preclusão. A efetivação dessas parâmetros permitem a movimentação procedimental segundo o princípio da oficiosidade.

1.2 Preclusão

Do latim *praeclusio, onis*, significa a ação de encerrar, cessar, impedir ou cortar passo

A preclusão é um instituto eminentemente processual e está diretamente ligada à idéia de movimentação processual, ou seja, o processo visto como um caminhar para frente, passando-se de uma fase procedimental à outra, não podendo haver retrocessos. Carlos Alberto Carmona designa comparativamente o referido fenômeno processual como um sistema de eclusas em que uma vez preenchida uma fase procedimental, passa-se à seguinte. Traduz a idéia de esgotamento do processo por eclusas.⁽¹⁸⁾

(14) ANTONIO CARLOS DE ARAÚJO CINTRA *et alii*, “Teoria Geral do Processo”, pág. 67.

(15) *Idem, ibidem*, pág. 291

(16) Esclarece José Frederico Marques: “() a própria lei impele para frente o procedimento, ou porque obrigue juizes e partes a praticarem atos de movimentação do processo, ou porque põe em jogo o interesse dos litigantes, ou porque realize ligações automáticas entre as fases da relação processual”, pág. 282

(17) *Idem, ibidem*, pág. 283

(18) Aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em abril de 1999. Nesse sentido Briseró Sierra assinala que: “*ni el acto legislativo ni el administrativo se conforman en procesos por lo mismo que repugnan con el establecimiento de eclusas. Los estadios del proceso, de finalidad autónoma, miran todos a la forma segura y cierta de alcanzar la sentencia. Su dirección es convergente en lo que tienen de progreso hacia el fallo*”. “*Categorías institucionales del proceso*”, pág. 150, *apud* José de Moura Rocha, *ob cit*, pág. 25.

José Frederico Marques analisa-a sob um duplice aspecto: sob o ponto de vista objetivo, a preclusão é um fato impeditivo destinado a garantir o avanço progressivo da relação processual e a obstar o seu recuo para fases anteriores do procedimento. Do ponto de vista subjetivo é a perda de uma faculdade ou direito processual que, por se haver esgotado ou por não ter sido exercido em tempo e momento oportuno, fica praticamente extinto.⁽¹⁹⁾

A preclusão pode ser temporal, lógica, consumativa e ordinatória, sendo que com relação a essa última predomina apenas o aspecto objetivo da mesma, conforme se analisará a seguir.

1.3 Princípio da oficiosidade e preclusão

O princípio da oficiosidade está intimamente relacionado ao sistema de preclusões adotado em nossa legislação processual civil e, devido a sua natureza normogenética e aberta, fundamenta e atenua a nossa estrutura procedimental rígida (e conseqüentemente as regras inerentes ao sistema de preclusões).⁽²⁰⁾

Ou seja, tanto o princípio da oficiosidade quanto o sistema de preclusões consubstanciam-se em normas jurídicas. No entanto, dado o caráter geral e abstrato do princípio supramencionado, permite-se o balanceamento de valores e interesses através de instrumentos processuais e procedimentais adequados, dentre os quais revela-se a preclusão.

Destarte, o princípio da oficiosidade permite a harmonização dos valores da celeridade e segurança, constantemente em conflito, pois se de um lado confere amplos poderes ao julgador na direção da causa, de outro o mesmo não se subtrai aos deveres que decorrem do exercício da jurisdição. Diz-se, portanto, que a atividade do juiz é marcada por deveres-poderes de dizer e aplicar o direito, bem como praticar atos processuais que preparem a decisão ou efetivem as sanções impostas no título executório.

Nessa linha de raciocínio, Antonio Carlos de Araújo e Cintra, Ada Pellegrini Grinover e Cândido Rangel Dinamarco preconizam: "a função jurisdicional evidencia-se como um poder-dever do Estado, em torno do qual se reúnem os interesses dos particulares e do próprio Estado. Assim, a partir do último quartel do século XIX, os poderes do juiz foram paulatinamente aumentados: passando de expectador inerte à posição ativa, coube-lhe não só impulsionar o andamento da causa, mas também determinar

(19) Ob. cit., pág. 235

(20) Note-se que tanto o princípio da oficiosidade quanto o sistema de preclusões estão consubstanciados em normas jurídicas. No entanto, o primeiro irradia e condiciona os seus efeitos sobre o segundo que nada mais é do que um sistema de regras.

provas, conhecer *ex officio* de circunstâncias que até então dependiam de alegação das partes, dialogar com elas, reprimir-lhes eventuais condutas irregulares" etc.⁽²¹⁾

Carnelutti expressa que: "*L'armonia e l'equilibrio del processo civile riposano appunto sulla antitesi del potere diritto della parte con il potere dovere del giudice*"⁽²²⁾

II. Preclusão

No estudo da preclusão, devemos tomar como ponto de partida a lição de Chiovenda, segundo o qual, consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual por se haverem alcançados os limites assinados por lei para seu exercício.

Dado o exposto, constata-se que a preclusão advirá como consequência de um dos seguintes resultados:

- a) pela não observância da ordem ou da oportunidade apresentada pela lei para a realização de um ato;
- b) por ser a atividade incompatível com o exercício de uma outra;
- c) pelo seu exercício válido (da faculdade). Ou, em outras palavras, havendo sido exercitado já, validamente, determinada faculdade, não se pode voltar a ela.⁽²³⁾

A definição supramencionada abrange notadamente os sujeitos parciais do processo, ficando à margem o seu sujeito imparcial que, dentro da relação jurídica processual não exerce qualquer faculdade, porém deveres-poderes ordinatórios, instrutórios e decisórios.

A preclusão pode ser temporal, consumativa, lógica e ordinatória. As três primeiras referem-se aos sujeitos parciais do processo, enquanto a última ao seu sujeito imparcial.

O instituto da preclusão possibilita ao legislador o seu propósito de imprimir maior precisão ao processo, de tornar possível a definitiva certeza dos direitos e assegurar-lhe rápida satisfação.⁽²⁴⁾

A preclusão na sistemática processual brasileira, na profícua lição de Liebman, encontra suas raízes históricas no processo comum medieval, calcado no princípio da ordem legal e no princípio da eventualidade. Pelo primeiro, o processo deve obedecer uma ordem necessária de atividades processuais, através de fases distintas e separadas entre si. Pelo se-

(21) Ob. cit., pág. 64

(22) '*Lezioni di Diritto Processuale Civile*', pág. 409

(23) E. COUTURE, '*Fundamentos do Direito Processual Civil*', pág. 90.

(24) GIUSEPPE CHIOVENDA, '*Instituições de Direito Processual Civil*', pág. 219.

gundo, as partes devem propor ao mesmo tempo todos os meios de ataque e de defesa, ainda que contraditórios entre si.

No dizer de Antônio Alberto Alves Barbosa, a preclusão é o instituto que garante o método do processo, ou em outras palavras, a garantia da estrutura do processo.

Alguns autores chegam a identificá-la com o princípio da eventualidade. É o que se depreende da assertiva de Humberto Theodoro Júnior: "Pelo princípio da eventualidade ou da preclusão, cada faculdade processual deve ser exercitada por inteiro dentro da fase adequada, sob pena de perder a faculdade de praticar o respectivo ato, ou de fazê-lo posteriormente de forma diversa daquela em que já se desincumbiu o ônus processual"⁽²⁵⁾

Todavia, esclarece José de Moura Rocha: "Uma primeira acepção será a de se apontar no conceito de preclusão a consequência do transcurso infrutuoso dos termos processuais: 'Transcorrida a oportunidade, a etapa do juízo se enclausura e passa a subsequente, tal como se uma espécie de comporta se cerrasse atrás dos atos, impedindo o seu regresso' (Couture, *op. cit.*, pág. 91), num segundo sentido vamos encontrar a preclusão sendo apresentada como correspondente ao que é denominado de princípio da eventualidade. De conformidade com este segundo sentido, o termo preclusão significa que os litigantes devem fazer valer as suas defesas conjuntamente, sempre que a lei assim disponha. Finalmente, há o terceiro sentido em que pode ser tomada a preclusão: àquelas situações em que se operou a coisa julgada. Quer dizer, pela preclusão ficou impedida a interposição de recursos. A coisa julgada formal condiciona, por sua vez, a coisa julgada material que se estende para o futuro e a proclamar não mais ser possível discutir a vontade da lei expressa na sentença"⁽²⁶⁾

2. Espécies

Tradicionalmente, três são as espécies de preclusão apontadas na doutrina: temporal, consumativa e lógica, podendo as mesmas atingir as partes e o juiz (preclusão *pro judicato*). No tocante a última assertiva, mais correto seria admitir-se a existência de uma preclusão ordinatória, dado que a própria expressão "preclusão *pro judicato*" traduz uma *contradictio in terminis*.

2.1 Preclusão temporal

Decorre do transcurso *in albis* do tempo para a prática de determinado ato processual.

(25) "Princípios Gerais do Direito Processual Civil", in "RePro", pág. 288

(26) "Enciclopédia Saraiva do Direito", v. 60, pág. 16

É um dos efeitos da inércia da parte, acarretando a perda da faculdade de praticar o ato processual⁽²⁷⁾

Na profícua lição de Antonio Carlos Marcato significa a perda de uma faculdade ou de um direito processual que, não tendo sido exercitado no tempo e momento procedimental próprios, não mais poderá sê-lo.⁽²⁸⁾

É o caso do não oferecimento da contestação no prazo fixado no art. 297 do CPC, superado o qual não mais poderá fazê-lo validamente o réu, eis que preclusa a fase procedimental adequada (v. art. 303 do CPC)⁽²⁹⁾

É evidente que a preclusão não obsta, nesse caso, a dedução posterior, pelo réu, de matéria por ela não atingida, quer porque deduzida *opportune tempore* (ex: defesa fundada em fato superveniente), quer porque se trate de matéria de ordem pública, dedutível a qualquer tempo e sujeita, inclusive, à declaração *ex officio* pelo juiz (como é o caso das objeções indicadas no artigo 301 do Código)⁽³⁰⁾

Pode ser afastada provando a parte "justa causa" (art. 183 do CPC) ou legítimo impedimento (art. 245, parágrafo único, do CPC).

2.2 Preclusão lógica

Caracteriza-se pela impossibilidade de se praticar determinado ato incompatível com outro já realizado.

Assim, não pode o sucumbente recorrer da sentença ou decisão sempre que expressa ou tacitamente a houver aceito (CPC, art. 503), já que o ato de aceitação (aquiescência) do provimento jurisdicional se mostra absolutamente incompatível com a manifestação de inconformidade consubstanciada no pretendido recurso posterior; nem o réu pretende deduzir defesa se já reconheceu a procedência do pedido formulado pelo autor.⁽³¹⁾ Fundamenta-se no princípio *ne bis in eadem*.

2.3 Preclusão consumativa

Advém da prática de determinado ato previsto em lei que uma vez consumado, não poderá ser praticado novamente. No dizer de José Frederico Marques, "dá-se a preclusão consumativa quando a faculdade processual já foi exercida validamente"⁽³²⁾

(27) MONIZ DE ARAGÃO, "Comentários", ed. 1974, v. II, n.º 112

(28) "Anotações de Direito Processual Civil", 1993, pág. 170

(29) ANTONIO CARLOS MARCATO, *ob. cit.*, pág. 170

(30) *Idem*, *ibidem*, pág. 171

(31) ANTONIO CARLOS MARCATO, *ob. cit.*, pág. 171

(32) "Instituições de Direito Processual Civil", v. 2, pág. 285.

O art. 473 do CPC a enuncia, estabelecendo: é defeso à parte discutir, no curso do processo, as questões já decididas, a cujo respeito se operou a preclusão.

Enquanto se apresentam as duas primeiras como modalidades de preclusão impeditiva, a terceira assume o caráter e a natureza de fato extintivo.⁽³³⁾

2.4 Preclusão *pro judicato*

Para os adeptos dessa teoria, há a possibilidade da ocorrência da preclusão para o juiz, apenas nas modalidades consumativa e lógica. É o que se infere da explanação que se segue: Ao juiz somente pode atingir as preclusões consumativa e lógica, sendo, portanto, descabido falar-se nas hipóteses de preclusão temporal *pro judicato*, já que não há, de fato, qualquer consequência para o juiz, pelo descumprimento dos prazos (temporal). Há, todavia, preclusão lógica e consumativa, pois o juiz não se encontra diante de novas alegações ou de fatos novos, não pode, em princípio, decidir contraditoriamente, cabendo à parte, se isso ocorrer, o controle desses atos pela via recursal. A possibilidade de que a parte pleiteie a inexistência dos efeitos da preclusão está prevista no art. 183, de que já tratamos anteriormente.⁽³⁴⁾

Celso Agrícola Barbi esclarece que a preclusão, além das faculdades das partes, abrange também as questões decididas e atinge os litigantes e o juiz.⁽³⁵⁾

A preclusão para o juiz baseia-se no princípio *bis de eadem re ne sit actio*, sendo hodiernamente interpretado como proibição de reproduzir uma questão ou demanda ao mesmo juiz que sobre elas já havia se pronunciado.

Sobre o tema, José Frederico Marques enuncia: "Pode-se falar de preclusão *pro judicato* em relação a decisões de conteúdo exclusivamente processual, uma vez que, em tais pronunciamentos, impossível será aludir-se à coisa julgada por ausência de resolução judicial sobre o mérito da causa. Nessa preclusão, além de exaurir-se o direito processual da parte, cria-se um impedimento ou limitação ao juiz. E como preclusão '*vera e propria*' não pode alcançar os poderes do juiz, mas tão só as faculdades das partes, fala-se de preclusão *pro judicato*".⁽³⁶⁾

Essa preclusão pode ser explícita ou implícita. Ocorre a primeira hipótese quando há pronunciamento formal do órgão julgante. O juiz, ao proferir decisão a respeito de uma exceção processual, dá uma sentença

(33) *Idem, ibidem*, pág. 285

(34) LUIZ RODRIGUES WAMBIER *et alii*, "Curso Avançado de Direito Processual Civil", v. 1, págs. 192/193

(35) "A preclusão", "RF" 158, pág. 59

(36) *Ob. cit.*, pág. 288.

definitiva, de conteúdo não-material, que o impede de reexaminar a questão decidida, em fase ulterior do procedimento, por força da preclusão *pro judicato* decorrente dos efeitos daquela sentença interlocutória mista. O caso, aqui, portanto, é de preclusão explícita.⁽³⁷⁾

Se, no entanto, é proposta uma ação perante juiz territorialmente incompetente (incompetência de foro), e ocorre a ausência de *declinatoria fori*, prorrogada fica a sua competência. Desta forma, não pode esse juiz (e nem mesmo os tribunais superiores) reexaminar a questão em fase posterior do processo; impede-o a preclusão *pro judicato* implícita.⁽³⁸⁾

A preclusão *pro judicato* pode ser integral ou limitada. Dá-se a primeira quando a decisão do juiz, ou a preclusão implícita, não pode ser reexaminada sequer pelos tribunais de superior instância. Ocorre, ao contrário, a preclusão limitada quando só o órgão de grau inferior fica impedido desse reexame. O agravo no auto do processo tem por função, justamente, tornar limitados os efeitos da preclusão.⁽³⁹⁾

Aponta-se como exceções à preclusão *pro judicato* as matérias em que o juiz deve conhecer *ex officio* (art. 267, § 3º, do CPC, que remete as matérias constantes dos incisos IV, V e VI do mesmo dispositivo legal) e, as decisões dotadas de uma provisoriedade inerente à prestação da tutela jurisdicional. São as hipóteses de providências urgentes tuteladas pelo Direito, tais como: liminar em mandado de segurança (Lei nº 1.533/51); processo cautelar (CPC, Livro III); antecipação de tutela (art. 330, I e II, do CPC). Nesse tema insere-se, ainda, o art. 471, I e II, do CPC.

Por outro lado, Humberto Theodoro Junior explicita: "a essência da preclusão está na extinção de um poder processual da parte. No entanto, a tese da preclusão *pro judicato* situa-se, sem dúvida, no terreno dos fenômenos de direito material. Consagra um fato capaz de extinguir o direito do executado à repetição do indébito, antes mesmo de seu aparecimento no mundo jurídico (...)"⁽⁴⁰⁾

Conclui o renomado jurista: "a preclusão é fenômeno específico do direito formal e atua apenas internamente no processo onde se deu a perda da oportunidade de exercer uma faculdade processual da parte. Não pode, em boa técnica, impedir à parte o exercício de outras pretensões em outros processos de objeto e forma distintos. A expressão '*preclusão pro judicato*' contém, pois uma *contradictio in adjecto*, ou uma enorme im-

(37) JOSÉ FREDERICO MARQUES, *ob. cit.*, pág. 289

(38) *Idem, ibidem*, pág. 289

(39) *Idem, ibidem*, pág. 289

(40) "Da inexistência de coisa julgada ou preclusão no processo de execução", in "Revista da Faculdade de Direito Milton Campos", pág. 104

propriedade jurídica, por dar à preclusão a força e autoridade de coisa julgada, de tal modo que, a se aceitar essa estranha tese, nenhuma diferença se consegue entrever entre a *res iudicata* e a *preclusão pro iudicato*”⁽⁴¹⁾

2.4.1 Preclusão *pro iudicato* e deveres processuais

Retomando a lição do grande mestre Chiovenda, a preclusão consiste na perda, extinção ou consumação de uma faculdade processual por se haverem alcançados os limites assinados por lei para o seu exercício.

Constata-se, de plano, que os adeptos da preclusão *pro iudicato* partem de um falso problema, pois, não obstante o juiz integre a relação jurídica processual, não se poderia concluir que o mesmo possua faculdades processuais, no sentido técnico do termo. Urge falar-se em deveres-poderes, sendo que o poder jurídico de exercitar a jurisdição é conferido pelo órgão legiferante através de uma autorização de exercício obrigatório.

Com respeito à autorização, aqui nos interessam particularmente, dois casos típicos de comportamento autorizado, um a respeito da produção, o outro a respeito da aplicação de normas jurídicas. Kelsen aduz a dois exemplos opostos: o legislador ordinário recebeu da Constituição o poder de emanar normas jurídicas, mas não é habitualmente obrigado a fazê-lo; o juiz recebeu o poder de emanar normas individuais e é habitualmente obrigado a exercitá-lo. Neste segundo caso trata-se, como cada um pode ver, da situação comumente chamada de “poder-dever” (mais propriamente designada por “dever-poder”, conforme se apreenderá a seguir).

O poder jurídico é o poder de produzir (ou aplicar) normas jurídicas. Ou seja, a autorização concedida ao órgão jurisdicional para criar e aplicar o direito, traduz um dever, sendo que esse dever pode possuir ou um conteúdo discricionário ou um conteúdo vinculado.

Ou seja, os modelos normativos (descrições dadas pela norma) expressam valorações de licitude ou decorrentes de um dever.

No que concerne aos atos do juiz, diz-se que qualificam-se como decorrentes de um dever – constituem-se a partir de posições subjetivas, afetas aos órgãos públicos. Elio Fazzalari explicita: “(....) *valutazione come per il 'convenuto' e per l'interventore, si profila una 'pozione soggettiva composita' dalle facultà, dai poteri, dai doveri di ciascuno*”; *per il giudice, si configura u'altretalle posizione, consistente nella serie di lui doveri*”⁽⁴²⁾

“L'illazione non è contrastata dal rilievo che la legge spesso riserva all'agente margini di scelta. Come si è spiegato, la scelta attiene alla

(41) *Idem, ibidem*, pág. 108

(42) *Instituzione di Diritto Processuale*. Padova, Cedam, 1989, pág. 432

determinazione dal contenuto (latu sensu) dell'atto (nel senso che l'agente, con riferimento alla 'causa' prefissagli, potrà scegliere, in tutto o in parte, il contenuto del proprio comportamento, per adeguarlo alla medesima), ma non incide sulla valutazioni di doverosità che la norma collega all'atto né l'one e logicamente distinta dalla condotta, e prefissata dalla norma e non sovvertibile dall'agente. In altri termini, la scelta in parola non fa che inserirsi, completandolo, nello schema del 'dovere' è fuori di dubbio, infatti, che, una volta operata la sua scelta, l'agente sia tenuto al comportamento”⁽⁴³⁾

Assim, o ponto central da discricionariedade, entendida como escolha do comportamento, desenvolve-se no âmbito do dever que, por sua vez, possui duas vertentes básicas: dever vinculado e dever discricionário. No dizer de Fazzalari, fala-se em “dever de conteúdo vinculado” e “dever de conteúdo discricionário”⁽⁴⁴⁾

O ilustre doutrinador salienta ainda que a legitimidade do dever de conteúdo discricionário perde direito da cidadania no sistema da equívoca figura poder-dever, da qual de princípio recorreremos com o fim de conciliar a possibilidade de escolha do comportamento com o decorrente dever. Ao invés, tal locução poderá sobreviver com um único significado diverso, isto é, como reclama o fato que a qualificação do dever implícito como inegável componente lógico, aquele do lícito (isto é, permitido): todavia, assim entendida, merece igualmente ser condenada pela sua superfluidade.

Ou seja, a figura do poder-dever inerente ao exercício da jurisdição não é propriamente equívoca, mas paradoxal, pois enquanto as partes possuem faculdades, ônus, poderes, o agente imparcial da relação jurídica processual concentra ao mesmo tempo “poderes-deveres”, advindos da autorização do órgão legiferante de criar e aplicar normas jurídicas. Por isso, prefere-se a locução “dever-poder”, pois o órgão jurisdicional deve antes de tudo prestar a jurisdição (não podendo eximir-se dessa obrigação decorrente de um dever), sendo que os poderes que lhe são conferidos, o são apenas e na medida necessária para a consecução daquela finalidade. São prerrogativas de natureza instrumental ao exercício da jurisdição, com a conseqüente pacificação social.

A título de ilustração, pode-se dizer que o art. 267, § 3º, do CPC, impõe ao juiz um dever-poder de conteúdo vinculado, no sentido de que uma vez preenchido o tipo legal (falta dos pressupostos processuais ou condições da ação), a conseqüência (extinção do processo sem julgamento do mérito) é necessária (não comporta nenhum juízo de valor). Costu-

(43) *Idem, ibidem*, págs. 427/428

(44) *Idem, ibidem*, pág. 428

ma-se dizer que na hipótese supramencionada, o juiz esgotou a sua jurisdição. Na verdade, o exaurimento da atividade jurisdicional é consequência de outro fenômeno que poderia ser designado pela expressão preclusão ordinatória, dada a sua natureza endoprocessual. A coisa julgada formal que dela advém, nada mais é do que uma espécie de preclusão, sendo praticamente pacífico na doutrina de que configuram um mesmo e único fenômeno.

Agricola Barbi externa a sua posição doutrinária a respeito da matéria, entendendo não haver sentido em encarar-se a coisa julgada formal e preclusão como fenômenos distintos, já que o “conceito (da primeira) ficou inteiramente vazio de conteúdo com a colocação da preclusão em seu lugar. Dizer que, em determinado caso, há preclusão de uma questão (isto é, que as partes e o juiz não mais podem discuti-la no mesmo processo) – continua Barbi – “e dizer que há coisa julgada formal quanto à mesma questão será, portanto, mera tautologia (...). Substituir o conceito de coisa julgada formal pelo de preclusão de questões será apenas reconhecer a superação de um conceito que se demonstrou imprestável e apto somente para gerar confusões. O conceito de preclusão, mais abrangente – pois além de se referir a questões pode se referir também a uma faculdade – substitui, portanto, no estado atual do direito, o de coisa julgada formal...”⁽⁴⁵⁾

Tem ele razão, a nosso ver, já que a coisa julgada formal e a preclusão (temporal) são fenômenos que, ao término do processo, apresentam os mesmos efeitos, têm a mesma finalidade e alcance, ou seja, impedir o reexame, no processo onde foi proferida, da sentença não mais sujeita a recursos.⁽⁴⁶⁾

Percebe-se de plano que a denominada preclusão ordinatória terá lugar nas decisões de conteúdo vinculado. Uma vez exercitado o dever contido no comando legal, ocorre a preclusão (a preclusão ordinatória decorre do exercício da atividade jurisdicional, mas não de seu não exercício, dada a imperatividade do comando que a impõe).

De outra parte, pode-se citar, como exemplo de decisão que envolve um dever de conteúdo discricionário, o art. 130 do CPC que estabelece: Caberá ao juiz, de ofício ou a requerimento da parte, determinar as provas necessárias à instrução do processo, indeferindo as diligências inúteis ou meramente protelatórias.

Sob a perspectiva do conteúdo do ato, quando na falta do exercício de uma faculdade, a lei, regulando o movimento processual, prevê uma consequência desfavorável à parte, diz-se que há um ônus. Nesse

(45) ANTONIO CARLOS MARCATO, ob cit, pág 177

(46) *Idem, ibidem*

caso, o juiz poderá provocar um incidente processual, decorrente de seu poder instrutório (conferido pelo permissivo legal), evitando que a preclusão se consuma, sem que haja prejuízo a sua imparcialidade.

Ou seja, o juiz não é um simples expectador do processo, mas possui um papel ativo. A. Gonçalves de Oliveira realça esse aspecto, ao estabelecer: “A direção do processo deve caber ao juiz; a este não compete apenas o papel de zelar pela observância de regras processuais por parte dos litigantes, mas o de intervir no processo de maneira que este atinja, pelos meios adequados, o objetivo de investigação dos fatos e descoberta da verdade”⁽⁴⁷⁾

Há nessa seara uma inegável ingerência do princípio do impulso oficial sob o sistema de preclusões. Nesse sentido estabelece Nelson Nery Jr: “O poder instrutório do juiz respeita à sua atividade no sentido da realização da prova, ao passo que a distribuição do ônus da prova (CPC, art. 333) é regra de julgamento, que só vai ser aplicada pelo juiz no momento da sentença, quando a prova já tiver sido realizada”⁽⁴⁸⁾

De tudo quanto se disse, percebe-se que a expressão preclusão *pro judicato* é atécnica, preferindo falar-se em preclusão ordinatória. A preclusão ordinatória tem lugar nas decisões de conteúdo vinculado e é dirigida ao órgão jurisdicional como um todo e não ao juiz.

Nesse sentido, estabelece José de Moura Rocha: “Quando consideramos o problema da preclusão verificamos que ela atinge a todos os integrantes da relação processual, ou seja, as partes e os órgãos de jurisdição”⁽⁴⁹⁾

III. Procedimento

3.1 Procedimento e preclusão

Moacyr Amaral Santos, ao estabelecer a distinção entre processo e procedimento propugna que: “O processo é o movimento em sua forma intrínseca; o procedimento é este mesmo movimento em sua forma extrínseca, tal como se exerce pelos nossos órgãos corporais e se revela aos nossos sentidos”.

No campo do direito a palavra “processo” designa hoje fenômeno inerente à atividade jurisdicional: o processo, como ensina Jesus González Perez, está para a jurisdição, assim como o serviço público para a administração. Jurisdição e processo são termos correlatos, embora não idênticos. Os diversos atos que constituem o processo, e que se revelam no procedimento, ligam-se e prendem-se em razão dos fins ou objetivos da atividade jurisdicional.⁽⁵⁰⁾

(47) “A função do juiz na direção do processo”, in “Revista Forense”, v. 74, pág. 223

(48) “Código de Processo Civil comentado”, 4ª edição, pág. 606.

(49) Ob cit, pág. 15.

(50) JOSÉ FREDERICO MARQUES, ob cit, pág. 61

O processo é uma relação jurídica (a relação processual) e o procedimento, no dizer de Carnelutti, “uma combinação de atos cujos efeitos jurídicos estão entre si vinculados causalmente”⁽⁵¹⁾

Antonio Carlos Marcato esclarece que considerando em seu aspecto substancial, o processo resume-se na relação jurídica processual instaurada entre as partes e o Estado-juiz; considerado em seu aspecto formal, isto é, sob o ponto de vista de seus atos e de sua unidade estrutural, ele exterioriza-se através do procedimento.⁽⁵²⁾

Instrumento adequado ao exercício da função jurisdicional, o processo resulta, então, da união da substância com a forma. A relação jurídica nele instaurada (autor, Estado-juiz, réu) é complexa em sua formação (já que condensa em si todos os direitos, deveres, ônus e obrigações entre seus sujeitos), autônoma (pois independe, para existir e desenvolver-se, da relação jurídica material litigiosa) e progressiva em sua finalidade (posto desenvolver-se temporal e espacialmente através da realização dos atos processuais), concretizando-se validamente pelo contraditório e exteriorizando-se por meio do procedimento.⁽⁵³⁾

Carlos Alberto Carmona conclui que o processo é o procedimento em contraditório.⁽⁵⁴⁾

Antonio Carlos Marcato salienta não haver qualquer incompatibilidade entre contraditório e preclusão, esclarecendo: “As preclusões atuam internamente no processo, estabilizando e consolidando as fases procedimentais que lhe dão vida, tendo uma razão de ser única e exclusivamente a ele voltada. Já o contraditório dinamiza e torna possível o processo mesmo, viabiliza a aplicação dos princípios da ampla defesa e da igualdade das partes; afastado que seja do processo, torna-o nulo e nulo também o provimento ao final emanado do órgão jurisdicional”⁽⁵⁵⁾

3.2 Procedimento e impulso oficial

O dever do magistrado de prestar a jurisdição, via de regra, surge a partir da iniciativa da parte (*nemo iudex sine actore; ne procedat iudex ex officio*).

Podem provocar a atividade jurisdicional a parte ou interessado (jurisdição voluntária), bem como o Ministério Público nos casos em que

(51) *Idem, ibidem*, pág. 61.

(52) “Procedimentos Especiais”, pág. 30

(53) *Idem, ibidem*, pág. 30

(54) Aula proferida no Curso de Pós-Graduação da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, em março de 1999, apontamentos

(55) *Ob. cit.*, pág. 179

estiver legitimado a ajuizar a ação civil pública (CF 129, III; CPC 81; LACP 5º, *caput*; CDC, 82, I).⁽⁵⁶⁾

Todavia, há casos em que o juiz está autorizado a iniciar o procedimento de ofício, exceptuando-se a regra mencionada acima. Trata-se de um dever de conteúdo vinculado, que se apresenta nos seguintes casos:

a) inventário (art 989 do CPC) – trata-se de um dever de conteúdo vinculado e condicionado, ou seja, surge do transcurso do prazo de trinta dias contados a partir da abertura da sucessão, sem que nenhum dos legitimados tenha requerido a sua respectiva abertura (são legitimados: quem estiver na posse e administração do espólio – art 987 do CPC; o Ministério Público, quando houver interesse público – art 988, VIII, e art. 82; concorrentemente, as pessoas elencadas no art 988);

b) exibição de testamento (art. 1129 do CPC) – hipótese em que o detentor do testamento não o tiver apresentado *sponte propria*;

c) arrecadação de bens do ausente (art 1160 do CPC) – dever decorrente da própria declaração de ausência. O juiz mandará arrecadar os bens do ausente e nomear-lhe-á curador;

d) suscitar conflito de competência (art 116 do CPC);

e) incidente de uniformização de jurisprudência (art 476 do CPC)

BIBLIOGRAFIA

Alves Barbosa, Antônio Alberto “Da preclusão processual civil”, 2ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1992

Amaral Júnior, Alberto do. “A boa-fé e o controle das cláusulas contratuais abusivas nas relações de consumo”, in “Revista do Consumidor” n.º 06

Araújo Cintra, Antônio Carlos et Grinover, Ada Pellegrini et Dinamarco, Cândido Rangel “Teoria Geral do Processo” São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999

Attardi, Aldo “*Preclusione (principio di)*” in “*Enciclopedia del Diritto*”, volume XXXIV, Milano: Giuffrè Editore, 1985

Barroso, Alexandre de Alencar “Acesso à justiça e preclusão civil”. Dissertação de mestrado apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo em janeiro de 1996

Barroso, Carlos Eduardo Ferraz de Mattos “Teoria Geral do Processo e Processo de Conhecimento”. São Paulo: Saraiva, 1999

Canotilho, José Joaquim Gomes “Direito Constitucional”, 6ª edição. Coimbra: Livraria Almedina, 1995.

Carnelutti, Francesco “*Lezioni di Diritto Processuale Civile*” Padova: Cedam, 1933, v. II, III e IV.

Couture, Eduardo “Fundamentos de Direito Processual Civil”, trad. de Rubens Gomes de Souza. São Paulo: Saraiva, 1946

Chiovenda, Giuseppe “Instituições de Direito Processual Civil” São Paulo: Saraiva, 1965, tradução de J. Guimarães Menegale e notas de Enrico Tullio Liebman

(56) NELSON NERY JR., *ob. cit.*, pág. 374

- D'Amello, Mariano** "*Preclusione*", in "*Nuovo Digesto Italiano*", vol. XVII. Torino: Editrice Torinese, 1939.
- Fazzalari, Elio** "*Istituzione di diritto processuale*". Padova: Cedam, 1989.
- Gomes, Celeste Leite dos Santos Pereira** "Kelsen fácil" São Paulo: Oliveira Mendes, 1999.
- ____ "Persuasão e verdade. O sistema legal em fermentação" São Paulo: Cultural Paulista, 1995.
- Lacerda, Galeno** "Despacho saneador", 3ª edição. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1990.
- Holanda, Aurélio Buarque de** "Novo dicionário Aurélio de língua portuguesa", 2ª ed.
- Kelsen, Hans** "*Allgemeine theorie der normen*". Viena: Manz Verlag, 1979.
- Liebman, Enrico Tullio** "Manual de Direito Processual Civil", volume I, 2ª edição, Rio de Janeiro: Forense, 1985.
- Marcato, Antonio Carlos** "Procedimentos especiais". São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- ____ "Preclusões: limitação ao contraditório?" in "Revista de Processo", volume 17.
- ____ "Anotações de Direito Processual Civil" São Paulo: s/ed., 1993.
- Marques, José Frederico** "Instituições de Direito Processual Civil". São Paulo: Saraiva, 1958.
- ____ "Manual de Direito Processual Civil", 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 1974.
- Menezes, Cláudio Armando Couce de** "Preclusão da decisão relativa às condições da ação e aos pressupostos processuais", in "Revista Legislação do Trabalho", ano 60, maio, 1996.
- Moniz de Aragão, Egas Dirceu** "Comentários ao Código de Processo Civil".
- Oliveira, A. Gonçalves de** "A função do juiz na direção do processo", in "Revista Forense", v. 74.
- Rocha, José de Moura** "Da preclusão e da atividade processual das partes" Recife: Editora Recife, 1959.
- ____ "Da preclusão e da atividade processual das partes" in "Enciclopédia Saraiva do Direito", volume 60.
- Santos, Maria Celeste Cordeiro Leite** "Poder jurídico e violência simbólica". São Paulo: Cultural Paulista, 1985.
- Silva, De Plácido e** "Vocabulário jurídico" Rio de Janeiro: Editora Forense, 1993.
- Theodoro Júnior, Humberto** "Da inexistência de coisa julgada ou preclusão *pro iudicato* no processo de execução", in "Revista da Faculdade de Direito Milton Campos", vol. 1 Belo Horizonte, 1994.
- Tucci, José Rogério Cruz e** "Sobre a eficácia preclusiva da decisão declaratória de saneamento", in "Revista dos Tribunais", ano 78, fevereiro de 1989, vol. 640.
- Vasconcelos, Antônio Vital Ramos de** "O pedido de reconsideração e a preclusividade das decisões judiciais", in "Revista dos Tribunais", ano 76, fevereiro de 1987, vol. 616.
- Wambier, Luiz Rodrigues et alii** "Curso avançado de Direito Processual Civil" São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.